

## LOS SERVICIOS BANCARIOS EN VENEZUELA, ¿UN SERVICIO DE UTILIDAD PÚBLICA?

HÉCTOR MANTELLINI OVIEDO<sup>1</sup>

La Constitución Nacional vigente en Venezuela, al tratar el tema de los derechos económicos, garantiza a toda persona, natural o jurídica, el derecho a usar, gozar, disfrutar y disponer de sus bienes. Esto constituye el derecho de propiedad. No obstante, la misma Constitución señala que el derecho de propiedad podrá estar sometido a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

La Constitución Nacional vigente también consagra el derecho que tiene cualquier persona, natural o jurídica, a dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia. Esto es así porque el Estado, según lo dice la misma Carta Fundamental, promoverá; i) la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza y la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población; ii) la libertad de trabajo y iii) la libertad de empresa, comercio e industria. No obstante, el mismo texto constitucional deja a salvo el derecho del Estado para establecer limitaciones a estos derechos, mediante leyes fundamentadas en razones de desarrollo humano, la seguridad, la sanidad, la protección del ambiente u otras de interés social. La Constitución, además reserva al Estado la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país.

Según el texto constitucional, el régimen socioeconómico del Estado venezolano se fundamenta en los principios de justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad. Para ello el Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando seguridad jurídica, solidez, dinamismo, sustentabilidad, permanencia y equidad en el crecimiento de la economía, para garantizar una justa distribución de la riqueza, mediante una planificación estratégica democrática, participativa y de consulta abierta.

Finalmente, la Constitución vigente rechaza la existencia de monopolios, cuando declara contrario a sus principios fundamentales cualquier acto, actividad, conducta o acuerdo de los particulares (sic) que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio o que, por sus efectos reales e independientemente de la voluntad de aquellos, conduzcan a su existencia, cualquiera que fuere la forma que adoptare en la realidad. Cuando se trate de explotación de recursos naturales propiedad de la Nación o de **la prestación de servicios de naturaleza pública**, con exclusividad o sin ella, **el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado**, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Todas estas normas de rango constitucional en nuestro país garantizan que los servicios prestados dentro de los conceptos de propiedad privada y libertad de empresa sean tratados y regulados siempre como servicios privados, aunque estos servicios privados podrían ser

---

<sup>1</sup> Abogado. Ex director del Consejo Bancario Nacional de Venezuela. (1993 – 2013). Este y otros papeles de trabajo que sucesivamente publicaré pretenden aportar ideas para la futura y necesaria modificación del régimen legal venezolano que regula a los servicios bancarios y financieros en el país.

sometidos por el Estado a un marco especial de regulaciones. Estas regulaciones, dictadas para controlar o moderar las actividades desarrolladas dentro de los derechos fundamentales de propiedad y libertad de empresa, son denominadas por la doctrina jurídica, como “normas de ordenamiento sectorial”.

Así pues, que, en nuestra Constitución, al lado del derecho al ejercicio absoluto de la propiedad y de la libertad económica, coexiste la libertad económica **ordenada, controlada o moderada** mediante **disposiciones de carácter sectorial**.

En oposición a la libertad económica, en cualquiera de esas dos formas, la Constitución también prevé la existencia de actividades (servicios) de naturaleza pública, que el Estado se reserva para ejercerlas con carácter de exclusividad o sin ella. Para compartir o delegar en el sector privado el ejercicio de esas actividades de naturaleza pública, el Estado puede otorgar a los particulares lo que se denomina concesiones. En Venezuela las concesiones deben ser por tiempo determinado y deben asegurar siempre contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público.

Es dentro de este marco conceptual que afirmamos que en nuestro país los servicios bancarios son, en su esencia jurídica, servicios de carácter privado, que se rigen por normas de derecho privado y no se realizan en virtud de “concesión del Estado”. Esto es así, porque la actividad bancaria no es una actividad de las reservadas al Estado por norma constitucional<sup>2</sup>. No obstante, es necesario tener presente que los servicios bancarios, aun siendo actividades regidas por el derecho privado forman parte, válgameos repetirlo, de aquellas actividades sujetas a normas y disposiciones de las que la doctrina califica como “normas de ordenamiento sectorial”.

En efecto, en Venezuela la promoción, la constitución y el funcionamiento de las instituciones bancarias —tradicionalmente y con énfasis en las legislaciones sectoriales dictadas desde 1940— han estado sometidas a una serie de normas dictadas por el Estado que propenden, fundamentalmente, a la protección de los depositantes y de la economía en general y a que su actuación esté alineada con las políticas monetaria y cambiaria del Estado. En palabras tomadas de la Exposición de Motivos de la **Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito**<sup>3</sup>, esto quiere decir que “...la regulación y supervisión públicas... facilitan la confianza en las entidades, una condición imprescindible para el desarrollo y buen funcionamiento, esencial no solo para los depositantes de fondos, sino para el conjunto de la economía, dada la posición central que reúnen esas entidades en los mecanismos de pago.”<sup>4</sup> Es por ello que, “...desde el momento en que un operador económico obtiene la autorización para operar en calidad de entidad de crédito, pasa a formar parte de un grupo diferenciado “ad extra”, organizado y solidario, y por ello, de un ordenamiento jurídico singular. Este grupo queda sujeto a un conjunto normativo propio que deriva en un sistema solidario en cuyo vértice se encuentra el Banco Central, que es parte de ese

<sup>2</sup> Véase la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 6 de mayo de 2004. Caso Banco del Caribe, C. A. Banco Universal. Recurso de nulidad por Inconstitucionalidad contra lo dispuesto en el artículo 276 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y otras normas.

<sup>3</sup> Ley 26/1988 de 29 de junio de 1988. España.

<sup>4</sup> En nuestro país, la Exposición de Motivos de la anterior Ley general de Bancos y Otras Instituciones Financieras, trató este tema en la siguiente forma:

*“La normativa prudencial emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, es el medio fundamental para implementar los mecanismos de inspección, supervisión, regulación, control y vigilancia, que permitan mantener el equilibrio del sistema en aras de una adecuada protección de los intereses de los depositantes; y por eso era ineludible incorporar el alcance de ese término dentro de la reforma legal. A los efectos de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, se entiende por normativa prudencial todas aquellas directrices e instrucciones de carácter técnico legal de obligatoria observancia, dictadas mediante resoluciones y circulares de carácter general y particular, a los bancos, entidades de ahorro y préstamo, otras instituciones financieras, y demás empresas sometidas al control de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.*

*De este modo, se enfatiza la importancia de la normativa prudencial que dicta la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y cuyo obligatorio cumplimiento por parte de los entes regulados permite establecer un adecuado control sobre las operaciones que realiza el sector bancario, logrando con ello: evitar un eventual deterioro de la cartera de crédito o la de inversiones; evitar la desviación del objeto de los fideicomisos; la debida aplicación contable de los ingresos generados y los efectivamente cobrados; la utilización de criterios especiales para calificar las operaciones de la banca destinada al sector microfinanciero; implementar controles para evitar riesgos de liquidez; determinar la información que debe ser suministrada regularmente; y evaluar los indicadores financieros, entre otros aspectos de similar importancia.*

*sistema, de ese grupo organizado, de ese ordenamiento sectorial, cuya dirección última le corresponde. Se produce entonces una convergencia de intereses, tanto particulares como generales donde se encontraría el fundamento de ese ordenamiento sectorial que exige una pluralidad de normas. En cualquier caso, introducir la tesis del ordenamiento sectorial no puede esconder intenciones favorables a la defensa del ejercicio de la actividad de las entidades de crédito como un servicio público. Ni siquiera las entidades públicas de crédito puede decirse que sean empresas de servicio público, sino empresas públicas de mercado, debiendo orientar su gestión según las reglas del mercado.”<sup>5</sup>*

La adecuada aplicación de estos conceptos que regulan el ejercicio de la actividad bancaria, ha sustentado la tradicional doctrina del sector bancario venezolano, representado por el Consejo Bancario Nacional<sup>6</sup>, de procurar que este servicio se mantenga y funcione aún en situaciones de excepción, por lo cual su suspensión sólo puede justificarse si no se logran, en forma coincidente, suficientes medidas que aseguren medios de transporte que permita la necesaria asistencia de personal, calificado y cantidad suficiente para poder brindar ese servicio y que existan condiciones que aseguren la integridad física de ese personal, de la clientela y de las instalaciones donde se realizan tales servicios.

El hecho reconocido en la legislación de todos los países donde existe libertad económica y derecho de propiedad, de que los servicios bancarios son actividades de carácter privado y no un servicio público, aunque pueden ser prestados por instituciones públicas o de capital mixto (privado - público), adquiere relevancia porque el régimen vigente desde 1999 ha establecido en la legislación que actualmente regula la actividad bancaria y en general la actividad financiera en Venezuela, que estas son “un servicio público” por lo que contiene normas que restringen casi hasta el agotamiento los derechos que corresponde a los propietarios de los bancos para —por ejemplo— nombrar a los miembros de la junta directiva, los administradores y empleados de alto nivel responsables de la gestión, disponer de los beneficios, ampliar sus servicios mediante el establecimiento de sucursales, agencias o puntos de atención al público, o cerrarlos o trasladarlos de sede, resolver sobre sus políticas de crédito y financiamiento, establecer horarios y fechas de servicio adecuados a las condiciones de cada zona del país y a las necesidades de la clientela, tal como siempre había sido según lo que dispone la Constitución Nacional<sup>7</sup>.

Pero ¿qué se entiende por “servicio público”? El concepto de “servicio público” se inició con la llamada “revolución industrial” que trastocó la estructura social preexistente. El Estado dejó de ser un “Estado Gendarme” y se transformó en un “Estado Providencia”. Pasó de limitar su acción a actos de soberanía: justicia, defensa nacional, cobro de impuestos, etc., a un Estado que además se ocupa de la educación, las obras públicas, la sanidad, el trabajo, el urbanismo, etc., es decir, un Estado prestador de servicios sustanciales a la condición de ciudadano o de ser humano. Con este cambio, la noción de “servicio público” sustituyó a la de “poder público” como fundamento del derecho administrativo. Algún tratadista ha afirmado que, con ese cambio, el régimen jurídico aplicable a la administración ya no se fundamentaba en la autoridad inherente al poder, sino en el servicio prestado a los ciudadanos.

---

<sup>5</sup> Maestre Casas, Pilar. “**Aplicabilidad del Derecho de la Competencia a la Banca**”. Edit. Eurolex. D.L. Madrid. 1997. pp.100 y 101.

<sup>6</sup> Dentro de las actividades que desarrolla el sector financiero, el manejo y administración de los medios de pago ha sido considerada como una actividad de interés general en razón de su incidencia en la economía. La aplicación de este concepto por el Consejo Bancario Nacional ha permitido que el servicio de administración y manejo de medios de pagos en Venezuela haya funcionado siempre, aún en circunstancias excepcionales que haya vivido el país.

<sup>7</sup> En la Comunidad Económica Europea, la actividad del sector financiero está regida por normas de ordenamiento sectorial. Dentro de ellas, la fijación del horario de servicio al público que se aplica al sistema financiero es materia de la competencia de los bancos y otras instituciones financieras y no del Estado. Esa actitud promueve una adecuada competencia entre las empresas para ofrecer sus servicios y porque el horario de servicio en las oficinas y taquillas no limita la utilización de distintos servicios alternos a disposición del público como resultan ser los cajeros automáticos, los servicios de atención telefónica, Internet, etc. En Venezuela, el Consejo Bancario Nacional desde su fundación en 1940, tiene establecidas normas sobre el horario de servicio al público que deben aplicar los bancos, lo que ha permitido una amplia competencia en beneficio del público en general según lo ha exigido la clientela, al punto que se puede afirmar que hoy día, la banca venezolana presta servicios de medios de pago, las 24 horas de los 365 días de cada año

La doctrina jurídica prevaleciente en países donde existe libertad económica y derecho de propiedad privada califica como “servicio público” al conjunto de actividades que la colectividad asume como de interés general: la justicia, la policía, la educación, la sanidad, el transporte, el servicio postal, etc., actividades estas que deben prestarse sin consideración a su rentabilidad económica. En este sentido el concepto de “servicio público” es casi consustancial con el derecho ciudadano de recibir un servicio sin contraprestación económica directa pues a él se tiene derecho por el sólo hecho de ser ciudadano o ser humano. Por esta razón, generalmente, las actividades de “servicio público”, cuando son prestadas por empresas privadas, reciben subsidio por parte del Estado.

Actualmente el viejo concepto de “servicio público” ha sido remozado en la Comunidad Económica Europea por el concepto de “servicio de interés general”. El servicio de interés general es diferente al servicio privado (ordinario) en la medida en que el poder público considera que los servicios deben atender una necesidad general incluso cuando el mercado no hace suficientemente rentable la prestación de tal servicio. Este criterio se basa en la preocupación del poder público por garantizar en cualquier lugar un servicio de calidad a un precio accesible para todos, es decir, el concepto de servicio de interés general supone la obligación del poder público de prestar un servicio determinado en todo el territorio de un país, a precios contenidos y en condiciones de calidad similares, cualquiera sea la rentabilidad de las operaciones en cuestión, individualmente consideradas. Este concepto resulta incompatible con la actividad de los bancos y demás instituciones financieras que persiguen un fin de beneficio y lucro para sus accionistas.

El servicio público engloba entonces, todas las actividades de interés general ejercidas por los poderes públicos; el servicio público es pues una actividad, no una organización. La diferencia no es semántica, porque a veces tiende a confundirse a la empresa privada (organización) que realiza una actividad de interés general, (servicio público) con la actividad misma, y entonces se califica como empresa de servicio público, a una empresa privada que preste, por ejemplo, un servicio postal, cuando en realidad, en este ejemplo, la actividad postal (servicio público) la realiza una empresa privada.

Sin embargo, es necesario tener claro que no todas las actividades de interés general son servicio público. Para que una actividad de interés general tenga carácter de servicio público se requiere que esté situada bajo reserva del poder público. Estar bajo reserva del poder público, no significa que la actividad tenga que ser ejercida obligatoria y únicamente por el poder público, porque una actividad de servicio público puede ser ejercida por particulares. En ese caso se habla de “delegación” (concesión) del servicio público.

Debe también considerarse que una actividad realizada por particulares en virtud de una “delegación del servicio público”, no abarca a aquellas actividades de derecho privado que requieren una autorización previa de un organismo del poder público<sup>8</sup> para su constitución o funcionamiento, sino que se refiere únicamente a aquellas actividades que, por razones de orden político, el Estado ha reservado para sí. En Venezuela estas actividades reservadas por el Estado para sí están señaladas en la Constitución Nacional y son delegadas mediante concesiones.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Algunos autores señalan que, por ejemplo, la autorización requerida en Venezuela a un organismo del Estado para la constitución y funcionamiento de un banco o institución financiera no significa otra cosa sino “...un acto de la Administración necesario para el acceso al mercado del crédito.” Orio Llebot, J. **Grupos de entidades de crédito**. Ed. Civitas. Col. Estudios de derecho Mercantil. num. 15. Madrid. 1993. Añadimos nosotros que lo contrario sería admitir que las entidades de crédito deben perseguir la realización de un interés público, lo cual sería contrario al principio dominante en las constituciones políticas modernas de reconocer y proteger la libertad de empresa y el derecho a obtener lucro por el ejercicio de esa actividad.

<sup>9</sup> “La actividad bancaria no es un servicio público ni el título para su ejercicio es una concesión.” Fernández T. R. **Comentarios a la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito**. Estudios de la Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social. 2ª. Ed. Madrid. 1991. “La tesis de configurar el crédito como un servicio público carece totalmente de validez”. Martín Retortillo, S. **Crédito, banca y cajas de ahorro**. Ed. Tecnos, Madrid. 1975.

Elemento característico de la actividad de servicio público es que esa actividad está sometida a un régimen jurídico específico, distinto al derecho común y conlleva elementos característicos de diferenciación de aquellas actividades que no son servicio público. Estos elementos diferenciadores pueden enmarcarse en lo que algún autor ha llamado “ética de interés general”, que lo diferencia en forma clara de las actividades privadas lucrativas.

Finalmente señalamos que esos principios que diferencian a la actividad de servicio público de la actividad privada son: **continuidad, igualdad, neutralidad y movilidad o adaptación.**

**Continuidad:** significa que la actividad de servicio público debe prestarse, cueste lo que cueste aún y cuando el organismo que realiza la actividad deba operar a pérdida. Continuidad significa también que el servicio no puede cerrar sus puertas, lo cual puede afectar, como en efecto lo hace, el derecho de huelga que en muchos países (incluido el nuestro) es un derecho de rango constitucional.

**Igualdad:** tiene dos efectos. Igualdad en el acceso al servicio público por todos los ciudadanos, con lo cual el acceso al servicio es posible gracias a su gratuidad, precios accesibles, subsidiados, etc.; pero igualdad es también, otorgar igual trato a todos los ciudadanos sin importar la condición social y económica del usuario ni la ubicación territorial donde se encuentre el usuario, es decir, el servicio debe prestarse en todas partes sin consideración a su sostenibilidad económica. Con esta condición el ciudadano está en posibilidad de recibir el servicio en cualquier circunstancia y en cualquier lugar. Esto hace incompatible la noción de servicio público con la actividad privada como es la actividad de los bancos y demás instituciones financieras.

**Neutralidad:** este atributo impone al prestador del servicio la obligación de no discriminar ni tener favoritismo en función de quien requiera el servicio. No puede establecer tarifas diferentes ni condiciones más favorables para ciertos usuarios.

**Movilidad o adaptación:** este principio significa que la autoridad puede y debe modificar la organización y funcionamiento del servicio para adaptarse a las nuevas necesidades del público usuario.

Este conjunto de características no coincide, no está presente, en la actividad que prestan los bancos y demás instituciones financieras en Venezuela, ni siquiera las que son propiedad del Estado.

Weston, 16 de febrero de 2019.